
[Devenir del derecho de daños]*

» FERNANDO HINESTROSA**

1. La relación crediticia u obligacional es, con mucho, la más destacada, compleja y frecuente de las relaciones jurídicas, y dentro de su estudio, el tema de sus fuentes ha sido uno de los más trajinados. *La summa divisio* de Gayo de las fuentes de las obligaciones en *duas species: ex contractu nascitur vel ex delicto* (Gai. 3,88), si bien no es exhaustiva, conserva íntegra su vigencia en el sentido de que los dos fenómenos básicos, conceptual y prácticamente, de donde surge aquella, han sido y continúan siendo el acto de disposición de los intereses propios (acto o negocio jurídico, contrato) y el daño resarcible (delito y cuasidelito, acto ilícito, responsabilidad). *Vertrag und Unrecht*, tan frecuentes como título de abundante bibliografía de la civilística alemana de la primera mitad del siglo xx. Reflexión que ha de complementarse con la nota de que las mayores frecuencia, abundancia y gravedad de los encuentros sociales ocasionales productores de daños han

* Conferencia pronunciada en el centro de la Red *Tanta* sobre “Derecho romano y unificación del derecho. Experiencia europea y latinoamericana, con especial atención a la responsabilidad extracontractual”, Universidad de Roma “Tor Vergata”, 28 de octubre de 1999. Publicado en *Roma e America. Diritto romano comune*, 10, 2000, 17-36.

** Rector de la Universidad Externado de Colombia (1963-2012), Bogotá, Colombia. La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fuera su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya han sido publicados, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a volverlos a presentar, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad. Para citar el artículo: HINESTROSA, F., “Devenir del derecho de daños”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 5-26. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.01>

implicado una atención más intensa a dichos fenómenos y un tratamiento más esmerado de su disciplina, cuya dirección asumió y conserva la jurisprudencia, con orientaciones y posturas similares en los distintos ordenamientos, tanto en lo que hace a la responsabilidad de los particulares como en lo que respecta a la del Estado¹.

2. La responsabilidad, entendida latamente como la obligación de resarcir daños y perjuicios, parte de un dato imprescindible: el daño. La presencia de un quebranto, independientemente del esmero en su definición y de la exigencia de actualidad o consolidación de él, o de su certidumbre o su advenimiento más o menos probable. En ausencia de daño no hay obligación, y el aserto, por demás obvio, pone de presente el carácter estrictamente resarcitorio de la responsabilidad en el derecho de tradición romanista.

Ahora bien, en la llamada “responsabilidad contractual”, que sería preferible individualizar como responsabilidad por incumplimiento de una obligación, toda vez que las obligaciones contractuales, al margen de ser las más frecuentes y más complejas, no son las únicas, y que la inejecución de la prestación recibe en todos los casos un tratamiento y tiene unos efectos análogos, con diferenciaciones derivadas ante todo de la índole de la prestación, y poco de la fuente del vínculo, la indagación correspondiente al aserto de insatisfacción del acreedor por inejecución del deudor, una vez establecida la obligación, se inicia por escudriñar el hecho mismo de la ausencia de la colaboración debida y su imputabilidad al deudor, que es el solo sujeto del que se puede predicar incumplimiento y al que se puede asignar obligación indemnizatoria en favor de otro sujeto igualmente determinado de antemano. Allí está de por medio la afirmada transgresión de unas reglas concretas de conducta, preestablecidas en el contenido del contrato o, más ampliamente, del negocio jurídico², o en la ley, que se ocupa por entero de las restantes obligaciones, para a la postre establecer las consecuencias de su proceder antijurídico y determinar y poner en práctica los medios más apropiados para asegurar la incolumidad del interés del acreedor³.

En tanto que en la, así llamada, responsabilidad extracontractual todo se encuentra esparcido, es impreciso, está por establecerse y determinarse: víctima, daño, victimario, y por supuesto, el propio deber resarcitorio. Esta es una razón

1 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, 1, *Obligations, Théorie générale*, Paris, 1998, 9.^a ed., 359.

2 Es decir, la red preceptiva resultante de la conjunción de los *accidentalía* con los *essentialía* y los *naturalía negotia*, entre los cuales cada día se exalta más lo correspondiente a “la equidad” (arts. 1374 c. c. ital.; 871 c. de co. col.), que se mueve entre la pauta de conducta en general y la exigencia de talante y desempeño en las circunstancias determinadas, y se proyecta en reglas para el desempeño del deudor (§ 242 BGB).

3 En los distintos ordenamientos obran previsiones del comportamiento debido según las diferentes clases de prestaciones: de dar, entregar, hacer, no hacer; de medios, de resultado, de seguridad, de garantía; como también de las alternativas de tutela del acreedor insatisfecho.

de más para que acá se haya de comenzar, lógicamente, por la identificación de un sujeto afectado por un daño, que es el punto de partida de todo el recorrido y el sustento de íntegro el andamiaje. Luego vendrá la pesquisa del fenómeno: cómo se produjo el estrago, qué o quién lo causó, y por último, identificada la causa –total o parcial– del mismo en una conducta humana, juzgar si, de conformidad con las pautas del ordenamiento, su autor está llamado a responder, esto es, a reparar el resultado nocivo de sus actos, sin olvidar que en oportunidades un sujeto está obligado a indemnizar el daño que no causó directamente, sino que produjo un dependiente suyo, un animal bajo su guarda o un bien corporal a su cargo, con vinculación de la responsabilidad del custodio, preponente, poseedor o propietario.

3. Habiendo de reconocer que, tanto en la doctrina del contrato, o mejor, de la autonomía privada, como en materia de responsabilidad civil, tiene lugar, incuestionable e inevitablemente, una toma de posición ideológica, o si se quiere, una *Weltanschauung*, y que siempre los planteamientos jurídicos han estado influidos, cuando no determinados, por sentimientos, pasiones, intereses, tradiciones religiosas, a veces inconscientes, otras no confesados, es preciso agregar que, quizá precisamente por ello, los elementos que integran la figura continúan siendo vagos, que la propia terminología es anfibológica y que la materia de la responsabilidad tampoco ha sido en manera alguna ajena al censurado ‘conceptualismo’ que tanto pesó sobre la teoría del negocio jurídico y llegó a desacreditarla⁴. Es más, acá parece aún mostrarse en su estado acre el sectarismo de doctrina, jurisprudencia y, aun, legislación, sin perjuicio de que, debiendo el derecho atender a las necesidades más apremiantes de la población, los bandos irreconciliables lleguen a coincidir a veces pragmáticamente en las soluciones últimas, pero sin renunciar a sus dogmas.

Al repasar la tabla de materias de la bibliografía, por lo demás abundantísima, sobre la responsabilidad civil, se pone de presente la desproporción en la magnitud del tratamiento de los distintos aspectos o elementos de ella. Todavía hoy resulta más importante la discusión sobre el o los fundamentos de la responsabilidad que la identificación conceptual del daño, la determinación y sus categorías o la evaluación de sus alcances y cuantía y la forma de su reparación, y por supuesto, mucho más que los criterios de apreciación de la relación de causalidad o autoría atribuida procesalmente al demandado. Y es evidente que ese desequilibrio no es fortuito, obedece al fardo enorme de prejuicios que sigue soportando la materia y que, a lo menos en el horizonte de nuestra cultura, no le ha permitido adoptar orientaciones y tomar rumbos más realistas y coherentes social, económica y políticamente.

4 Cfr. G. B. FERRI, “Le ‘origini’ romanistiche e l’attuale ‘crisi’ dell’istituto”, en *Il negozio giuridico*, 5.^a ed., Rimini, 1995, 19 ss.

Se suele recordar, en el rastreo de la evolución del derecho de daños, que “la solución del entuerto evolucionó de la venganza a la compensación”, y que “la retaliación, remedio inicial frente al ilícito, cedió con el tiempo en favor de un sistema de compensación (*Bloodwealth*, *Wergeld*), cuya aceptación, en un principio opcional, más tarde se volvió costumbre y convirtió a la venganza en algo impropio”. Así, se agrega,

... [d]esde el punto de vista de la sociedad como un todo, la compensación es una solución más económica que la venganza, porque simplemente implica la entrega de un pago en vez de la destrucción de una persona o de su propiedad. Transición de la retaliación a la compensación, atribuible no a un avance de la racionalidad o a la disminución de la sed de sangre, o a otros factores que presuponen diferencias fundamentales de inteligencia o de gustos entre el hombre primitivo y el moderno, sino, simplemente, al incremento de la riqueza. Un sistema de compensación no funciona, a menos que los agresores y su *gens* tengan una provisión suficiente de bienes en exceso sobre lo necesario para su subsistencia, que les permita pagar la compensación por los daños que inflijan a otros. La idea de que la única sanción por una injuria personal o una muerte ha de ser el pago de daños en dinero es coherente con la teoría económica. El análisis económico del delito recomienda mayor confianza en la multa frente a la prisión y otros castigos no pecuniarios en que se funda el sistema penal moderno, sobre la base de que la multa es un castigo menor desde el punto de vista social⁵.

En las *Leçons de droit civil* de los hermanos Mazeaud y Chabas⁶, el estudio de la responsabilidad civil se anuncia con esta apretada síntesis del estado actual de la cuestión: “El desarrollo del maquinismo, la multiplicación de los accidentes de transporte y de circulación, la práctica del seguro de responsabilidad, los deseos manifiestos de los tribunales de socorrer a las víctimas han tenido por resultado la multiplicación de las acciones de responsabilidad civil”.

El infortunio, la fatalidad, de que no se puede librar el ser humano, y cuyas consecuencias no aciertan a afrontar ni alcanzan a resolver las sociedades, necesariamente tienen que ser objeto de tratamiento por el derecho. Solo que, a diferencia de lo que pudo ocurrir en otros tiempos, no son ya del dominio exclusivo de este. Podría decirse, incluso, que el manejo de estos problemas, en sus manifestaciones individuales y colectivas (micro-derecho y macro-derecho), exige el concurso de otras ramas de la ciencia y la normatividad, y sobre todo una visión que rebase el ámbito de la molécula víctima-responsable, aisladamente consi-

5 R. A. POSNER, *The economics of justice*, 6.^a ed., Cambridge, 1996, 192 s.

6 “La importancia teórica de la responsabilidad civil no es menor que su importancia práctica: su estudio revela la tarea notable realizada en este campo por la jurisprudencia”: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, cit., 359.

derada, y observe el infortunio en toda su dimensión social, económica, política, humana, dejando de lado, en lo posible, moralismos, sentimentalismos, para atender sus efectos humanitariamente, a la vez que económica y éticamente⁷.

La anotación elemental de que, por el mero hecho de ser miembro social, cada cual está parejamente expuesto a dañar y ser dañado, o sea que, sin más, se encuentra en el pórtico de la responsabilidad civil, merece ser complementada señalando que, habiendo incuestionablemente una víctima, identificada como la persona que sufrió el impacto inmediato del encuentro, susceptible de multiplicarse por extensión con el estrago de sus deudos, dependientes, próximos afectivamente, el daño no se circunscribe a ese núcleo, sino que, de contragolpe, se proyecta, indefectiblemente, sobre el victimario y los suyos, por lo mismo que la reparación debida por aquel habrá de gravar su patrimonio y, por ende, la condición económica y la calidad de vida suya y de quienes lo rodean. Cuadro llamado a adquirir caracteres dramáticos al tener presente que la inmensa mayoría de las personas, especialmente en los países distintos de los del primer mundo, en el mejor de los casos, apenas cuenta con medios de subsistencia elemental; o sea que, al mismo tiempo que la vocación de las víctimas para un resarcimiento integral del daño es bastante precaria, el quebranto económico y social de la obligación resarcitoria resulta ominoso para el victimario y los suyos.

4. Moviendo, como en efecto mueve, la situación de la víctima a socorro, apoyo, solidaridad, lo más importante y urgente socialmente es, sin duda, cancelar el estrago y restablecer la situación precedente, en la que sobresale la capacidad de aquella para bastarse a sí misma. Esta es una reflexión común frente a toda clase de calamidades y estropicios, cualesquiera que sean sus causas, el modo de presentarse y sus efectos. Primacía evidente con relación a los mecanismos de acción-reacción, venganza, castigo, que desata el daño de origen humano. Y que, por supuesto, merece resaltarse, dada la coincidencia de ventajas morales y económicas que trae consigo, tanto para los individuos protagonistas del encuentro social ocasional como para toda la sociedad, y hoy, dentro del espectro de la ‘globalización’ que llega hasta la de los daños, para la comunidad universal y las generaciones futuras⁸.

Quizá por el origen común de las responsabilidades, o mejor, de las reacciones, civil y penal, o probablemente en razón de la propia mentalidad del ser humano, es un hecho la tendencia perseverante a ver de suyo en el daño una infracción (crimen, delito, falta, culpa) y en la obligación indemnizatoria una pena, que se hace manifiesta en el empeño de limitar su relevancia como fuente de obligaciones solo al que es producto de conducta reprochable (*iniuria*)

7 Cfr. W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard, 1987.

8 Ineludible la mención ejemplar de los daños al medio ambiente, al equilibrio ecológico, en especial por la dispersión de sustancias tóxicas, destructivas y de detritos y residuos contaminantes.

o daño antijurídico, o que, quizá mejor, se ha aprovechado en ese sentido, no siempre inocentemente. Por más que se encarece y repite que la responsabilidad civil tiene un alcance exclusivamente resarcitorio: se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado⁹, el binario ‘crimen y castigo’ se mantiene presente, y en la condena a la reparación, individual y colectivamente, se continúa viendo una sanción, se sigue hablando del valor moralizador: de punición, a la vez que de la prevención (escarmiento) inherente a dicha condena, se ata el daño moral a la descalificación moral de la conducta del ‘infractor’, y se mira con codicia la figura de los *punitive damages* en el predio vecino del *common law*.

A cien años de haberse encendido la polémica sobre los fundamentos de la responsabilidad civil, y, por supuesto, de haber comenzado la batalla por la ampliación del cubrimiento de los daños causados por el manejo de máquinas, utensilios, elementos, sustancias, procedimientos, de naturaleza mayormente peligrosa, propios del progreso científico y tecnológico en todos los órdenes, el mundo del derecho, pero también y con mayor inquietud el resto de las gentes, se pregunta cuál es la situación actual y cuáles son las tendencias y, sobre todo, las perspectivas del derecho de daños, y, más ampliamente, del tratamiento de los daños accidentales.

No creo incurrir en un lugar común al afirmar que, en este terreno, como en tantos otros, es mucho lo que ha cambiado, mucho lo que está cambiando y lo que habrá de cambiar velozmente, comenzando por la mentalidad, los sentimientos, la actitud de la gente, cuya manifestación más viva se encuentra al observar el razonamiento y el comportamiento de los jóvenes. Así como a la vista de un accidente de tránsito la última de las inquietudes debería ser la que aflora inmediatamente en boca de los espectadores: ¿quién tuvo la culpa?, y la primera, en todo sentido, aquella otra de cómo socorrer a los heridos presta y eficientemente. Insisto, en términos de economía, política y derecho, socialmente hablando, lo primordial ha de ser cómo evitar que la víctima de un infortunio, de un daño accidental, tenga que soportar sola sus consecuencias, o más propiamente hablando, procurar que tenga con qué sobrellevarlas y sobreponerse a ellas, para su propio alivio y para bien de la sociedad.

5. ¿En qué consistió, tradicionalmente, la responsabilidad civil? ¿En qué se ha convertido? ¿A dónde se supone que irá y a dónde querríamos que fuera?

En las primeras lecciones del curso de obligaciones se suele enseñar que, en materia de responsabilidad, la humanidad dio penosamente un paso adelante al abandonar la responsabilidad objetiva, estricta, para vincular solamente a quien

9 El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dentro de las “Normas generales”, en la Parte II destinada a “La eficiencia en la justicia”, introdujo este precepto: “*Valoración de daños*. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

hubiera obrado intencionalmente o, a lo menos, con negligencia o imprudencia. A las claras se advierte allí la influencia de la concepción penalista de la responsabilidad. Ciertamente hay que ver las cosas así pensando solo, o más que todo, en la arbitrariedad con que habitualmente se aplicaron las penas por los distintos poderes a toda clase de faltas y en la crueldad de aquellas, delante de lo cual la exigencia de culpa y la individualización de la responsabilidad constituían, sin más, un progreso: la espiritualización de la responsabilidad, fundada en la culpabilidad y corroborada con la presunción de inocencia. Sin embargo, el tratamiento del derecho de daños con ese criterio, sin fundamento plausible, desprotege a las víctimas, abrumadas por la múltiple carga probatoria, especialmente la del error de conducta del autor del daño, ocurrido las más de las veces de manera inopinada.

El *Code civil français* reconoció la obligación de reparar a cargo de aquel por cuya culpa otro haya sufrido un daño (art. 1382), y adicionalmente a la responsabilidad por el daño producto de su propio hecho indicó que cada quien es responsable, también, del daño causado por el hecho de las personas por las que está llamado a responder, o por las cosas (art. 1384), o por los animales (art. 1385) que se encuentran bajo su guarda, o por la ruina de edificios de su propiedad (art. 1386).

Don Andrés Bello, en su redacción del código civil de Chile, que posteriormente acogió la Nueva Granada¹⁰ hoy Colombia, introdujo a aquel régimen algunas variaciones de significación, entre las que vale destacar: la solidaridad de las varias personas que cometieron el delito o culpa (arts. 2317 c. chil. y 2344 c. col.), la agravación de la responsabilidad en el caso del daño causado por animal fiero (arts. 2327 y 2354 c. col.), la responsabilidad colectiva, a cargo de los habitantes de la parte superior de un edificio (arts. 2328 y 2355 c. col.), que hace recordar las célebres acciones *de effusis vel deiectionis vel effusis* y *de positis vel suspensis*, la disminución de la reparación por concurrencia de la culpa de la víctima (arts. 2330 y 2357 c. col.), la introducción de las acciones de daño temido (arts. 2333 y 2359 c. col.) y populares (art. 2334 y 2360 c. col.).

6. Así, cuando, de resultas de la multiplicación y agravación de los riesgos por el advenimiento de actividades con un potencial peligroso mayor, la doctrina primero, y posteriormente la jurisprudencia, buscaron salidas pretorianas al apremio de que los resultados nocivos de accidentes ocurridos en el desempeño de aquellas actividades fueran asumidos por los respectivos empresarios, al paso que el operador jurídico francés echó mano de la previsión de la responsabilidad “*pour le fait des choses que l'on a sous sa garde*”, contenida en el inciso primero del

10 Los distintos estados de la Confederación Granadina, con la excepción de uno, fueron acogiendo sucesivamente el código de Chile a partir de 1859. Posteriormente, al pasar a ser Estado centralista, Colombia tomó como código de la República (art. 1.º Ley 57 de 1887) “el código de la nación”, o sea el de la Unión, que data de 1873.

artículo 1382 del *Code civil*, la casación colombiana descubrió el artículo 2356 c. c., inclusive con antelación a la chilena (art. 2329), norma que enfáticamente preceptúa:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería o las descubre en calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

A partir de 1935, mientras que la Nación entera, por impulso gubernamental, ingresaba, o, mejor, se asomó penosamente al mundo de la modernidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, asumiendo la misión de actualizar y vitalizar el derecho, sacudió al derecho del letargo de una enseñanza y una aplicación de la norma reducida a la repetición memorística del texto, acogiendo métodos abiertos y creativos de interpretación y, con ellos, las teorías del abuso del derecho, el fraude a la ley, el enriquecimiento sin causa, los móviles del acto jurídico o la presuposición, la simulación y, por supuesto, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, a la sazón en boga en el derecho francés, modelo acogido desde un principio por el ordenamiento nacional.

La Corte Suprema realizó esta proeza en sentencia de casación de 14 de marzo de 1939, a la cual pertenecen estos párrafos, cuya vigencia sería saludable restablecer, en obsequio de la pureza y elegancia del idioma, la claridad de conceptos y la frescura y nobleza del pensamiento.

La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. [...] A ese mismo principio obedece el art. 2341 del Cc., según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: tal su categórica redacción.

El art. 2356 *ibidem*, que mal puede reputarse como repetición de aquél, ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que “pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona”.

Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en la que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos como ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego, la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y este parece lento ante el velívolo, y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas, y mira a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades. [...] De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

Fortuna para el legislador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba [...].

Entendido de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, se tiene que al autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación poner a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño.

Como caso de esta intervención nuestra misma ley presenta en el art. 2357 del Cc. la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño¹¹.

La afirmación de la presencia de dos categorías de responsabilidad extracontractual por el hecho propio: la proveniente de daño causado en actividades ordinarias y aquella resultante de accidentes ocurridos en el ejercicio de actividades peligrosas, y por consiguiente de una teoría del riesgo que colocaba a la víctima en condiciones de reclamar resarcimiento del empresario de aquellas, a menos que este probara causa extraña, y más todavía, hacerla en aquel momento, causó revuelo enorme, similar al de haber engastado la jurisprudencia en interpretación creadora del art. 2356 c. c. Tanto que la propia Corte resolvió atemperar su posición y hacerle concesiones a la exigencia o, mejor, al ‘fantasma’ de culpa, que por ese camino resultó a la postre objeto de una ‘presunción’, por lo demás, *iuris et de iure*, solo desvirtuable con la prueba de la ‘causa extraña’, dentro de una confusión, no por artificial menos reiterada, entre autoría o participación de alguien en los hechos y descalificación moral de la conducta de él. Actitud, por lo demás, coincidente con la inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del continente europeo, que se alcanza a observar en una visión comparatista del derecho de los países de tradición romanista en este arco de tiempo.

11 *Gaceta Judicial* XLVI, n.º 1932, 215 a 217, M.P.: Ricardo Hinestrosa Daza.

7. En 1969, la Corte se rasgaría las vestiduras ante la propugnación por parte del recurrente en casación de

... la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva, conforme a la cual la obligación civil indemnizatoria no ha de buscar siempre y necesariamente su causa en una falta (dolo o culpa) que, cometida por una persona, injurie a otra (*nemo ex alterius culpa praegravari debet*), sino que en ocasiones cada día más frecuentes y principalmente determinadas por la complejidad creciente de la vida social, el desarrollo urbanístico e industrial, el empleo de máquinas y artefactos de manejo peligroso, etc., se impone deducción de la responsabilidad civil a cargo de quienes cumplen actividades que, aun siendo de innegable utilidad social, inspiradas en la mejor intención de servicio y realizadas con la máxima prudencia deseable, por su naturaleza conllevan riesgos que, al actualizarse, lesionan el derecho ajeno [...]. En conclusión, la tesis de la responsabilidad objetiva, a lo menos en su principal especie de la responsabilidad por el riesgo creado, se caracteriza por la idea de descartar la valoración ético-jurídica del sindicado como causante de un daño, que es elemento axiológico de la institución clásica de la responsabilidad subjetiva, y de sustituir esa valoración por un criterio objetivo que sólo mira a la relación causal que se ofrezca entre la participación que alguien haya tenido en la actividad riesgosa y el daño de detrimento por otro padecido.

Esta teoría objetiva, de origen alemán [?] relativamente reciente [!] y patrocinada por numerosos civilistas latinos, ha sido vigorosamente combatida por la mayoría de estos últimos, algunos de quienes ven en ella un intento de retroceso del derecho occidental a sus más primitivas etapas en que la sanción pecuniaria de la *compositio* [!] se imponía con la sola verificación del nexo físico entre el daño a la víctima y el hecho ajeno. Dícese, entonces, que el acogimiento legislativo o jurisprudencial de la novedosa teoría haría perder el esfuerzo secular de los jurisconsultos romanos en pro de la humanización del derecho, esfuerzo que logró su primer triunfo definitivo con la adopción de la *lex Aquilia* que erigió la valoración ético-jurídica de la conducta social de los individuos como principal criterio para juzgar su posible responsabilidad, criterio este que se ha considerado como el avance más importante en el campo del derecho penal y del privado, y en general, por el pensamiento espiritualista [...].

Por esta vía llégase, según lo dice el fallo de la Corte antes transcrito, a que la exoneración de responsabilidad de quien haya participado en actividades de aquella índole resulta extremadamente difícil, pues este tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es, que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuito, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por tanto, razón

alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva¹².

Para esa época, frente a las innovaciones propuestas en materia de responsabilidad por accidentes de tránsito y de responsabilidad médica, también se escucharon en Francia voces de juristas condenando “el abandono de la culpa” como un “atentado moral”, que “habría de conducir a las peores catástrofes, al resquebrajar las bases de la civilización”¹³.

El hecho es que indefectiblemente la jurisprudencia continúa repitiendo que en las actividades peligrosas se ‘presume’ que el empresario de ellas que ‘causó’ el accidente incurrió en culpa, y que, como la víctima está dispensada legalmente de la prueba de esta, al demandado le es forzoso, para descargar dicha presunción y exonerarse de responsabilidad, probar la causa extraña. Este planteamiento, corriente en todas las sentencias relativas al tema, se reitera como algo incuestionable, al margen de la confusión extrema que contiene entre culpa y autoría y de la contradicción flagrante en que incurre al sostener que el empresario de actividad peligrosa, tenido preventivamente como ‘autor del daño’, puede desvirtuar la presunción de culpa que obra en su contra, y salir absuelto, probando la causa extraña a él, es decir, que no fue el autor¹⁴.

Lo cierto es que, así sea por vías diferentes y aun tortuosas, se ha llegado a un resultado práctico que puede considerarse satisfactorio, en el sentido de que se ha ampliado el cubrimiento de los daños accidentales por parte de los empresarios de actividades peligrosas, tanto por el concepto de que en la actualidad son escasas las que pudieran calificarse de “actividades ordinarias”, de modo que el régimen de responsabilidad agravada o de pleno derecho o estricta, de excepcional que era, pasó a ser el común, como en razón de que en el tratamiento y la calificación del ‘elemento extraño’: *casus*, intervención de tercero o culpa de la víctima, la jurisprudencia –igual que ocurre en Francia– es cada vez más severa. De esa suerte el tema del fundamento de la responsabilidad, no digo que haya sido superado, pero sí que ha perdido virulencia, en la medida en que la exigencia de la culpa como *conditio sine qua non* de la responsabilidad ya no significa exclusión o atenuación de la responsabilidad accidental¹⁵, sino un juego de palabras a fin de incluir a la fuerza a la culpa como requisito de la responsabilidad, así de hecho y de derecho se acepte y declare responsabilidad a pesar de haberse

12 Cas. 8 de mayo de 1969, M.P.: Guillermo Ospina Fernández, G.J. cxxx, 105.

13 Ver TOUTEMON y MOORE, *Chronique, Caz. Pal.*, 1968, cit. por G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 2.^a ed., Paris, 1995, n.º 56 y nota 168, 92.

14 Cfr., entre otras, Cas. 27 de abril de 1972, 18 de marzo de 1976.

15 Es probable que en la adopción de las dos actitudes: perseverancia en tener a la culpa como fundamento único de la responsabilidad civil, a la vez que administrarla con laxitud en sí y en su prueba (presunta o demostrada), haya influido la posición de MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*⁶, A. Tunc, I, §§ 426 ss. y II, §§ 1312 ss. Cfr. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, cit., n.º 52.

comportado el autor del insuceso a la altura de lo que le era exigible, y aun por encima de dicho nivel, en otras palabras, sin que hubiera incurrido en culpa alguna, y todo ese esfuerzo, simplemente, para dejar incólume el ‘espiritualismo’.

8. En fin, posiblemente en el ánimo de mostrar un mayor rigor frente a los empresarios de actividades peligrosas y presuntos causantes directos o indirectos de daños accidentales en el ejercicio de ellas, y mucho debido a un seguimiento excesivamente fiel del derecho francés, la casación colombiana le dio un vuelco, más que a la interpretación misma, al propio texto del art. 2356 c. c., de manera que, perdiendo de vista la concepción propia y por demás valiosa del señor Bello, lo convirtió en una reproducción del inciso primero del art. 1384 *Code civil*, para así sostener que en el derecho colombiano la responsabilidad de pleno derecho o por riesgo se da –legislativamente– en razón de la guarda de cosas (peligrosas), y concluir que el sistema nuestro contiene una categoría compacta de “responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas”¹⁶, en la que agrupa la responsabilidad por ruina de edificios, la responsabilidad por la caída de un objeto de lo alto de una edificación, la responsabilidad por destrozos de animales, tanto domésticos como fieros, y la responsabilidad por actividades peligrosas, que en el código nacional corresponden a otros tantos preceptos separados, con su *factum* propio (en su orden, arts. 2350, 2351, 2355, 2353, 2354 y 2356 c. c.). ¡Y todo ello alegando una ‘tradición jurisprudencial’ de acogimiento de “responsabilidad por el hecho de las cosas peligrosas”, basada en el art. 2356 c. c.! Tradición que permite al operador jurídico desenvolverse a plenitud con el concepto de ‘actividad peligrosa’¹⁷. Otra cosa es que el jurista francés hubiera encontrado

16 En Cas. 18 de mayo de 1972 (G.J. CXLII, 188), en aras de impedir que un propietario de vehículo eludiera su responsabilidad por irlo conduciendo un tercero al momento del accidente, se dijo: “La responsabilidad por el hecho propio y la que se deriva de la ejecución de la actividad peligrosas no se excluyen”, pues, como lo ha dicho la Corte, “la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa, afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño” (LXI, 569). En tal hipótesis la víctima «tiene derecho a acogerse a las reglas [...] que disciplinan la responsabilidad proveniente de ejercicio de actividades peligrosas. [...] Constituyendo el fundamento de la responsabilidad establecida por el art. 2356 precitado el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción u omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma. Es preciso, por tanto, indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa. El responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes». Este fue el punto de partida para la transfiguración que se operó en la última década: Cas. 26 de mayo de 1989, CXCVI, 506; Cas. 12 de abril de 1991; Cas. 4 de junio de 1992, CCXVI, 506; Cas. 22 de febrero de 1995, en donde, siempre frente a accidentes de circulación, con imprecisión enorme se va de la actividad peligrosa al hecho de las cosas, pasando por la guarda de cosas inanimadas, claro está, en el laudable propósito de vincular al dueño que evasivamente alega no haber sido agente de la actividad peligrosa en la cual ocurrió el siniestro, porque para entonces otra persona conducía o tenía el vehículo.

17 No hay tal tradición en favor de la “responsabilidad por el hecho de las cosas [muebles inanimados]”, sino la de “responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas”. Así: “La norma

el punto de apoyo para el mismo propósito (el reconocimiento de la responsabilidad de pleno derecho u objetiva) en la expresión “*fait de choses que l'on a sous sa garde*”, y que buena parte de los razonamientos, desarrollos y resultados de esas doctrina y jurisprudencia sean de recibo entre nosotros con respecto a las excepciones oponibles por el demandado, esto es, a cuándo y cómo puede aceptarse que el daño no se produjo dentro de su ejercicio de la actividad peligrosa, porque había trasladado a otro la posesión o la tenencia del bien mueble, o le habían sido sustraídas dichas posesión o tenencia¹⁸. Y también otra cosa es la anotación imprescindible de que para ese aprovechamiento del método comparatista no es menester tergiversar o suplantar la normatividad propia, porque, cual lo señaló la Corte desde la citada casación de 14 de marzo de 1939, “[f]ortuna para el legislador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima”.

9. En lo que concierne a la responsabilidad indirecta o por el hecho de alguien que a la sazón estaba bajo la custodia del demandado o era dependiente suyo, o más simplemente, por cuyos actos está llamado legalmente a responder en razón de un nexo legal o contractual que impone supervisión y vigilancia, es importante anotar la evolución del criterio frente a la índole de la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños que agentes, empleados, dependientes suyos lleguen a ocasionar, como también el tratamiento de aquella responsabilidad cuando el daño lo causa el dependiente en ejercicio de actividad peligrosa. En lo que hace al primer punto, es oportuno resaltar que, en el proceso de precisión de las figuras y de reducción de las vías de escape de los autores directos o indirectos del daño, la sentencia de casación de la Corte Suprema de 30 de junio

que acaba de citarse [art. 2356 c. c.] no tiene aplicación sino cuando a quien se designa como demandado estaba ejerciendo una actividad peligrosa por sí o por medio de una cosa que le pertenece” (Cas. 29 de abril de 1943, LV, 286 s.); “no es correcto afirmar que el art. 2356 del Cc. se refiere únicamente a los daños ocasionados por cosas o cuerpos inanimados, porque también comprende los casos en que el perjuicio se produzca por acción directa de una persona en desempeño de actividades peligrosas” (Cas. 10 de noviembre de 1952, LXXIII, 649).

- 18 En Cas. 22 de febrero de 1995, luego de citas de jurisprudencia con variada pertinencia y de reiteración en el empleo alternativo de las figuras de actividad peligrosa, presunción de culpa, responsabilidad por el hecho de las cosas y guarda de cosas inanimadas, se dice conclusivamente: “Natural corolario que se sigue de todo cuanto queda expuesto es que, siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del art. 2356 del Cc. el hecho de servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérese en cada caso establecer a quién le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión esta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad (!) causante del daño, es decir, la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder”.

de 1962 cambió el concepto de la responsabilidad de las personas jurídicas, al entender que el daño causado por cualquiera de sus agentes o dependientes las vincula en responsabilidad directa y no, como hasta entonces se había sostenido, indirectamente, de modo que la suya era una responsabilidad por el hecho ajeno y solo, eventualmente, cuando el autor era un ‘órgano’ suyo, de manera directa. La posición jurisprudencial en favor de la responsabilidad directa de la persona jurídica se ha mantenido invariablemente desde entonces, y de esa manera el comitente o preponente ya no puede exonerarse de responsabilidad por el acto dañino cometido por su dependiente en el ejercicio de actividad peligrosa, como otrora, probando que “con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe, no pudo impedir el hecho” (art. 2347 c. c., inc. final)¹⁹, sino únicamente con la prueba de que dicho dependiente fue extraño al perjuicio (en últimas, causa extraña). Adicionalmente se advierte que el término de prescripción de la acción contra la persona bajo cuya dependencia estaba entonces el autor del daño no es ya el breve de “tres años contados desde la perpetración de acto” (art. 2358 c. c.), propio de la responsabilidad indirecta o de derecho, sino el de veinte años de la prescripción ordinaria (art. 1.º Ley 50 de 1936).

10. Y en lo que respecta al segundo punto, de tiempo atrás la jurisprudencia ha venido sosteniendo que cuando el daño se produce en el ejercicio de actividad peligrosa, el demandado como responsable indirecto no puede defenderse en el terreno de la culpa, sino que su argumentación está circunscrita al ámbito de la relación de causalidad. Es decir que, a diferencia de lo que antaño se aceptaba, o sea la exoneración del padre, guardador, maestro, artesano, empresario, etc. mediante la sola prueba de que “con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho” (art. 2347, 4, c. c.), o de que “los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente” (art. 2349 c. c.), el respectivo demandado solamente se verá absuelto en la medida en que aparezca probado que el dependiente suyo no fue autor del insuceso, esto es, ‘rompiendo’ el nexo de causalidad aparente con la presencia de una causa extraña²⁰.

En lo que respecta a la autoría del demandado o relación de causalidad entre la conducta de aquel y el daño, como presupuesto de la obligación resarcitoria, la jurisprudencia ha sido abundantísima y minuciosa a propósito de las causales de exoneración o de ruptura del nexo causal: *casus* fortuito o de fuerza mayor, hecho-culpa de la víctima, intervención de elemento extraño o de tercero, en

19 Para la hipótesis del ‘daño causado por los criados o sirvientes’, el artículo 2349 c. c. dispone que los amos “no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente”.

20 Cas. 10 y 30 de abril de 1976, con remisión a Sala de Negocios Generales, sent. 27 de septiembre de 1946, LXI, 574.

sí, e inclusive en cuanto al grado de participación de dicho factor exigido para exonerar de responsabilidad al demandado. Pero no acerca del concepto mismo de causa y del criterio para apreciarla: causa, condición, ocasión; causalidad ocasional, equivalencia de condiciones, causalidad adecuada, etc. Solo en contadas oportunidades la jurisprudencia ha afrontado este tema: así, en casación de 17 de diciembre de 1935, la Corte acogió la teoría de la causalidad ocasional, con invocación de jurisprudencia francesa²¹; y más recientemente, en casación de 22 de septiembre de 1980, luego de hacer referencia a las varias corrientes doctrinarias y parecer tentada a optar por la tesis de la causalidad adecuada, terció diciendo que, en la especie, estaba demostrado que el hecho de terceros había tenido fuerza suficiente para causar por sí solo el daño, por lo cual no le era menester tomar partido por esta o aquella teoría²².

Acá es oportuno resaltar que la escogencia de uno u otro criterio, de esta o aquella teoría (equivalencia de condiciones, *conditio sine qua non*, causalidad adecuada, etc.) para el juzgamiento de la relevancia de cada uno de los varios factores que influyen en el resultado dañino y, en últimas, de la conducta del demandado (causa, condición ocasión) implica una toma de posición ideológica frente al derecho de daños, comoquiera que la diferencia entre aquellas, en términos prácticos, significa mayor o menor juego de las defensas del demandado y, por lo mismo, una toma de partido en favor o en contra del imputado o de la víctima.

11. En materia de daño, valgan estas anotaciones sumarias: de las clasificaciones y nomenclaturas del daño la más socorrida y acogida jurisprudencialmen-

21 "Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido el perjuicio no se habría producido. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que aparece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado, aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubieran reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional basta que, entre las diversas causas cuya ocurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a *culpa* de una persona determinada para que esta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta –para establecer la relación de causalidad– que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de pluralidad de causas, cada una de éstas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a la reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación" (G.7. XLIII, 305-306).

22 Cas. 22 de septiembre de 1980, no publicada en la *Gaceta Judicial*.

te es la de daño material y daño extrapatrimonial²³. En el primero se comprende el daño propiamente dicho o daño emergente y el perjuicio o pérdida de ingresos o utilidades ciertos o probables. Y en el segundo, simplemente se incluye el daño moral propiamente dicho, cuya relevancia ha reconocido la jurisprudencia colombiana desde las sentencias de la Corte de casación de 21 de julio de 1922^[24] y de instancia de 22 de agosto de 1924^[25]. En 1942 la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, tomando doctrina francesa acuñada para entonces, introdujo la expresión “perjuicios morales objetivados”²⁶, que, habiendo deslumbrado a los estudiosos, pronto se convirtió en estribillo, más para añadir otro rubro al elenco que para el reconocimiento efectivo de un concepto o una categoría adicional de daño o para, por esa vía, llegar a reconocer la resarcibilidad de la plenitud del daño²⁷. Eliminada en 1965 la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, que se ocupaba del contencioso de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración, y pasada la competencia para el juzgamiento de tales asuntos a la Sección Tercera del Consejo de Estado, esta, con buen sentido, recientemente prescindió de esa figura híbrida y carente de sustentación, que simplemente resaltaba la existencia de un quebranto, de índole claramente patrimonial (lucro cesante), cuando la víctima de un daño a bien de su personalidad, por depresión o recogimiento, resultaba perdiendo oportunidades de ingreso. En cambio, la casación civil de la Corte Suprema mantiene su adhesión a esa especie dentro de los capítulos del daño.

En lo relativo a la apreciación del daño moral, anotando que en este terreno la jurisprudencia colombiana se ha mostrado siempre avara y pacata, habiendo subordinado por comodidad el derecho tanto civil como administrativo a la nor-

23 Lo cual no significa acogimiento de dicha nomenclatura, ni perder de vista que su mayor fuerza radica en la inercia, por lo mismo que ‘material’ no quiere decir nada, o cuando menos es un término ambiguo, y que la expresión ‘extrapatrimonial’ tiene todas las desventajas de lo que se define en forma negativa. Mejor es llamar las cosas con su nombre y, por tanto, calificar el daño según el interés afectado: patrimonial, a bien de la personalidad, a la vida de relación, a los sentimientos o afectos. Cfr. SCOGNAMIGLIO, R. “Il danno morale”, *Riv. di dir. civ.*, Padova, 1957, 3, n.º 2 y 3; trad. al español, F. Hinestrosa, *El daño moral*, Bogotá, 1962; Cas. 4 de abril de 1968, G.J. cxxiv, 63; art. 4.º Decreto 1260 de 1970; NAVIA-ARROYO, F. *Estudio sobre el daño moral* (tesis), Bogotá, 1978. Ver *infra* nota 34.

24 G.J. xxix, 220: “Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor y molestia por obra de malicia o negligencia del agente”.

25 G.J. xxxi, 83: “Y si en muchos casos es difícil determinar el *quantum* de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, así sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. En el caso que se estudia se impone la sanción civil”.

26 Sentencia de 5 de noviembre de 1942, G.J. lvi, 486.

27 Podría agregarse que en numerosas oportunidades sirvió para excluir de los capítulos del daño y la reparación consiguiente factores que conforman el interés positivo. Ver TAMAYO JARAMILLO, J. *De la responsabilidad civil*, II, *De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, 1986, n.º 105.

matividad penal²⁸, viene dispensando el crédito compensatorio mecánicamente, con una tarifa que pareciera tomada del orden sucesoral legal o abintestado, a lo que ha de añadirse la anotación de que es insostenible la disparidad de posturas entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa. En fin, me parece oportuno señalar, adicionalmente, que el Consejo de Estado, desde sentencia de 19 de abril de 1980, reconoció el derecho de la concubina a la reparación del daño moral sufrido por la muerte de su concubinario; jurisprudencia que ha sido reiterada y ampliada luego por el mismo tribunal²⁹. Así mismo cabe señalar que la posibilidad de producción de daño moral en el incumplimiento de contratos, en un principio rechazada por la mayoría de la casación civil³⁰, en 1971^[31] vino a ser reconocida en la legislación, a propósito del contrato de transporte, postura que la doctrina extiende a todos aquellos casos en que la ejecución de una obligación tiene que ver con un derecho de la personalidad y, por ende, su inejecución puede llegar a vulnerarlo³². Y que jurisprudencialmente está aceptada la transmisibilidad del crédito a la indemnización por concepto de daño moral³³.

En lo que respecta a la clasificación del daño, la casación de 4 de abril de 1968, varias veces citada, se ocupó del ‘daño a la persona’, como una entidad con caracteres propios,

... consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales: gastos de curación o rehabilitación, en las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir, y que también puede

28 El artículo 95 c. p. de 1936 previno: “Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente indemnización que corresponda al ofendido hasta la suma de dos mil pesos”. Esta suma, exigua desde un comienzo, se tornó insignificante en fuerza del proceso inflacionario continuo, al punto de que las jurisdicciones hubieron de proceder a su reajuste: aplicando el índice de inflación o de precios al consumidor, la Corte Suprema de Justicia; acudiendo al precio del gramo de oro para cuando se expidió la norma, el Consejo de Estado. El artículo 104 c. p. de 1980, acogiendo la postura del Consejo de Estado, preceptuó: “Si el daño moral derivado del hecho punible no pudiere avaluarse pecuniariamente, [...] el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro”. La Corte se mantiene en la práctica de elevación periódica de suma de dinero que a su juicio es equitativa, sin rebasar ese tope tendencia, en tanto que el Consejo de Estado conserva su remisión a gramos oro, en principio dentro de aquel límite. Solo que, a título de resarcimiento del ‘daño fisiológico’ o ‘a la vida de relación’ (?) (*préjudice de agrément*), como un componente híbrido, adicionalmente al daño moral, ha llegado a otorgar cantidad superior en dinero: sent. 2 de octubre de 1996. Ver también sent. 4 de abril de 1997, G. J. cxxiv, 63.

29 Sent. 26 de septiembre y 17 de octubre de 1996. La Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

30 Cas. 20 de febrero de 1944, G. J. lviii, 613.

31 Art. 1006, inc. 2, c. de co.

32 P. ej., en los contratos de mandato, de trabajo y de prestación de servicios autónomos.

33 Cas. 4 de abril de 1968, cit., G. J. cxxiv, 63.

manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves[,] en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos y equilibrio sentimental³⁴.

Términos estos que poco después tomó la normatividad, en el art. 4.º del Decreto 1260 de 1970, regulador del registro del estado civil de las personas, para disponer, en lo que hace a la protección del derecho al nombre: “La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebranto por el uso que otra haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido”. Por lo demás, el concepto de “daño a la vida de relación” fue acogido más tarde por la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁵.

12. En ambas jurisdicciones, pero especialmente en la contencioso-administrativa, se ha venido introduciendo una variedad amplia de “clases” de daño, cual ocurre por doquier: daño corporal, daño de *agrément*, daño fisiológico, daño biológico, perjuicio estético, sexual, daño a las condiciones de existencia, con vocación de ampliación a innumerables otros órdenes. Esa irrupción de nombres y conceptos, a más de explicarse por la importación sin aduanilla de categorías que en su lugar de origen pueden tener explicación específica por determinadas causas, entre ellas, restricciones de índole normativa³⁶, obedece, sin duda, a un afán de obtener un reconocimiento mayor y más sencillo de distintos conceptos del daño³⁷, y a un empeño, tan humano como nocivo, de inflar la cuenta que ha de pagar el demandado con la introducción de numerosos capítulos en cada uno de los cuales se pretende alcanzar incremento³⁸. En fin, no puede descartarse una cuota de esnobismo, o a lo menos de novelería doctrinaria y jurisprudencial.

Recientemente se han incluido por doquier dentro del catálogo de clases y formas de daño algunas categorías, a las cuales he de hacer referencia, con indicación de su estado actual en el derecho colombiano: el formal y el aplicado.

En orden cronológico, viene en primer término la responsabilidad de los jueces (y por extensión de los árbitros) y, adicionalmente, de los abogados y de

34 G.J. CXXIV, 64. *Supra*, nota 24.

35 Sent. 6 de mayo de 1993. Solo que allí se asimila el “daño a la vida de relación” al “perjuicio fisiológico”, con lo cual, de entrada, se estaría reduciendo el ámbito de la relevancia de aquellas alteraciones a las hipótesis derivadas de daño a la vida y a la integridad física, y por lo mismo, dejando por fuera el daño a consecuencia de agresión a los demás bienes de la personalidad.

36 Así, por ejemplo, a mi juicio, la categoría del ‘daño fisiológico’, con desarrollo inmenso en la jurisprudencia italiana, bien se explica por la exigencia que trae el artículo 2050 del *codice civile* de 1942, en concordancia con el artículo 185 del *codice penale*, de la presencia de un delito para el reconocimiento del daño moral.

37 Cfr. PETRELLI, P. *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997; HENAO, J. C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, 1998.

38 Cfr. AA.VV., *The limits of expanding liability*, ed. J. SPIER, The Hague, 1998.

las partes por los daños que causen a los sujetos procesales, dentro del curso de una litis.

El código de procedimiento civil, o sea el Decreto extraordinario 1400 de 1970, dispone:

Artículo 40. *Responsabilidad del juez.* Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad; 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto; 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarle el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite de proceso ordinario. La demanda habrá de presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de...

Artículo 73. *Responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes.* Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena [a resarcir perjuicios] y la de pagar las costas del trámite. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. El juez impondrá a cada uno, multa de...

Artículo 74. *Temeridad o mala fe.* Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial [...]; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o trámite [...], para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas; 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.

Adicionalmente dispuso que la competencia para conocer de los procesos de responsabilidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de tribunales superiores era de la Corte (art. 25, 6), y que la competencia para los procesos de responsabilidad de los jueces era del respectivo tribunal superior (art. 26, 2), en ambos casos en única instancia.

A los veintiocho años de vigencia del estatuto no hay experiencia alguna de proceso y menos condena a jueces o magistrados incurso en alguna de las conductas que configuran responsabilidad por faltas o fallas en su desempeño dentro

de un proceso. E igualmente, tampoco hay experiencia de condena a abogados o partes temerarios o de mala fe en su actuación judicial. Y ciertamente no porque no se hayan dado conductas de las previstas o no haya sido encarecida la sanción de ellas. Una insensibilidad o una indolencia generalizada en los medios judiciales y de la profesión, sumada a la tendencia a no asumir riesgos o a no ganarse malquerientes, han impedido que, a la vez que a una vigilancia estricta y rigor en la calificación de la conducta de los sujetos procesales, se llegue al establecimiento de responsabilidad por fallas e inclusive por faltas que pueden constituir delitos.

13. En segundo término está la responsabilidad por daños al medio ambiente o daños ecológicos³⁹. La Ley 23 de 1973, que previno la expedición de Código de Recursos Naturales, en su artículo 16 dispuso: “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”. El Presidente de la República expidió aquel código por medio del Decreto 2811 de 1974, en el que declaró la biodiversidad como patrimonio nacional y universal y encareció su protección, igual que al ambiente, pero se dejó de concretar y puntualizar la responsabilidad prevista genéricamente en la ley. Otro tanto ocurrió con la Ley 99 de 1993, que señaló los fundamentos de la política ambiental. En fin, la Constitución Política de 1991 incluyó dentro de los ‘derechos colectivos y del ambiente’ el artículo 79, que reza: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la biodiversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”. En tanto que en el capítulo relativo a “la protección y aplicación de los derechos”, el artículo 88 preceptúa:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

39 Cfr. SARMIENTO, M. G. “El régimen de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en *Externado, Revista Jurídica*, 8, n.º 1, Bogotá, diciembre de 1995, 97 ss.

La preocupación por la integridad de la biodiversidad y del medio ambiente, sin duda, ha ido en aumento. Infortunadamente su puesta en práctica, por cierto, muy desproporcionada con respecto a la magnitud y virulencia de los factores que amenazan y deterioran ese patrimonio público, rebaja la calidad la vida y comprometen la de las generaciones futuras, se reduce en últimas a medidas administrativas y policivas, entrabadas por recursos dilatorios, no curialescos menos efectivos, y la responsabilidad –administrativa y civil– resulta marginal, si es que llega a plantearse. Podría decirse en ese sentido que el medio ambiente y la sanidad de la vida no tienen doliente.

14. ¿Cuál el futuro del derecho de daños?⁴⁰. Ciertamente la desprotección del individuo ante un sinnúmero de riesgos, antiguos y nuevos, sigue siendo colosal. No me refiero simplemente a la contingencia de sufrir un accidente, sino a lo que en últimas es más angustioso: el riesgo de sufrir un quebranto y no tener a quién volver para que asuma sus consecuencias y, en últimas, no tener con qué atenderlo. La frecuencia de los fenómenos telúricos: terremotos, vendavales, inundaciones, fuegos, filtraciones o escapes de sustancias atómicas, etc., y la magnitud de sus estragos ponen de presente la exposición de masas humanas cada vez más amplias a pérdidas, destrucciones, cesaciones, imprevistas, imprevisibles e inevitables. El socorro internacional, la asistencia pública, que despiertan las catástrofes pavorosas, visibles con todo detalle en imágenes vivas, cuántas veces en directo, implica un alivio; es el paliativo preliminar. ¿Y luego? Los seguros contribuyen al restablecimiento y la reconstrucción. Pero paralelamente, también en aumento, en frecuencia y tamaño, están los mayores riesgos de siniestros producto de obra humana. La responsabilidad, también por el aspecto de la atención a las víctimas, aparte de su contenido ético, habrá pues de perseverar, y el derecho habrá de seguir cumpliendo su función de medio de hacerla más fácil, cierta y justamente efectiva.

40 Cfr. JOURDAIN, P. *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, 1992.